



**DECISION N° 125/2021/ARMP/CRD/DEF DU 08 SEPTEMBRE 2021
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUITE AU REFUS DE DU SERVICE REGIONAL DES
MARCHES PUBLICS- PÔLE DE THIES D'IMMATRICULER L'AVENANT N°1 RELATIF
AU LOT 1 DU MARCHÉ T/088/07/18/PT PORTANT SUR LA CONSTRUCTION DE LA
ROUTE DE GOUYE MOURIDE, LANCE PAR LA COMMUNE DE MBOUR.**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES,**

VU la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration modifiée par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 en ses articles 30 et 31 ;

VU le décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP), notamment en ses articles 20 et 21 ;

VU le décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des Marchés publics, modifié ;

VU le décret n°2020-969 du 20 avril 2020 portant nomination des membres du Conseil de Régulation de l'ARMP ;

VU la décision n°0005/ARMP/CRMP portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés Publics ;

VU la résolution n°07-20 du 28 avril 2020 portant nomination des membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARMP ;

VU la saisine de la Commune de Mbour par lettre du 17 août 2021, reçue le 25 août 2021 ;

Madame Mame Aïssatou Dieng TRAORE, Auditrice interne, entendue en son rapport ;

En présence de Monsieur Mamadou DIA, Président ; de Madame Aïssé Gassama TALL ; Messieurs Moundiaye CISSE et Mbareck DIOP, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De Monsieur Saër NIANG, Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics, secrétaire rapporteur du CRD, assisté par ses collaborateurs, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi et aux principes généraux de la régulation ;

Adopte la présente décision :

Par lettre en date du 17 août 2021 enregistrée le 25 août 2021, au bureau du courrier puis le 26 août 2021 au secrétariat du CRD sous le n° 190, le Maire de la Commune de Mbour a saisi le Comité de Règlement des Différends aux fins d'obtenir l'autorisation de faire immatriculer l'avenant n°1 relatif au lot 1 du marché T/088/07/18/PT portant sur la construction de la route de Gouye Mouride, suite au refus du Service Régional des Marchés Publics, Pôle de Thiès (SRMPPT).

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 22 du décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, la Commission Litiges du Comité de Règlement des Différends statue sur les saisines relatives aux litiges qui opposent les organes de l'Administration intervenant dans le cadre de la procédure de passation ou d'exécution des marchés publics et délégations de service public ;

Considérant que la saisine de la Commune de Mbour fait suite au rejet par le Service Régional des Marchés publics- Pôle de Thiès (SRMPPT) de sa demande d'immatriculation de l'avenant n°1 dont l'objet est ci-dessus rappelé ;

Qu'une saisine du CRD dans un tel cas n'est soumise à aucun délai ;

Qu'ainsi, il convient de la déclarer recevable en application de l'article 22 du décret n°2007-546 du 25 avril 2007.

LES FAITS

La procédure de passation de l'appel d'offres ouvert (AAO) lancée le 20 octobre 2017 par la Commune de Mbour a abouti au choix de l'Entreprise Babacar Gueye -EBG pour la réalisation des travaux de construction et de réparation de chaussées dans ladite Commune. Le marché approuvé et immatriculé, est arrêté à la somme globale de Cent Soixante Seize Millions Neuf Cent Quatre Vingt Six Mille Quatre Cent Trente (176 986 430) F CFA TTC répartie comme suit.

lot 1 : Quatre Vingt Dix Neuf Millions Neuf Cent Quatre-Vingt-Sept Mille Huit Cent Quatre-Vingt-Dix (99 987 890) F CFA TTC portant sur la construction de la route quartier 44 au carrefour CEM Gouye Mouride ;

lot 2 : Cinquante Millions Huit Cent Soixante-neuf Mille Huit Cent (50 869 800) F CFA TTC relative à la réalisation des trottoirs de la route de 44 ;

lot 3 : Vingt Six Millions Cent Vingt-Huit Mille Sept Cent Quarante (26 128 740) F CFA TTC pour le pavage de la devanture de l'hôtel de Ville.

Si pour les lots 2 et 3, la requérante ne relève aucune difficulté majeure dans la réalisation et la réception des ouvrages, elle signale en revanche pour le lot 1, l'urgence de modifier la commande de bicouche sablée en radier submersible, fait en béton armé, plus à même de contenir l'infiltration de l'eau causée par la stagnation des eaux pluviales au niveau du point bas s'étendant sur 132 mètres linéaires.

C'est donc pour prendre en charge ce changement que l'avenant n°1 d'un montant de 27 622 688 FCFA TTC au lot 1 du marché, dont la demande d'immatriculation a été rejetée par le Service Régional des Marchés Publics Pôle de Thiès, est souscrit par l'Entreprise EBG et approuvé tardivement par le Préfet du département de Thiès.

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa demande, la Commune de Mbour rejette les arguments sur lesquels se fonde la décision du SRMPPT portant notamment sur :

- le caractère incomplet du dossier de demande d'immatriculation : Pour la Commune, l'absence des ordres de service de démarrage et de suspension des travaux ne saurait en aucune manière, constituer un motif de rejet, dans la mesure où ces documents ne font pas partie des pièces exigées, en référence au guide méthodologique édicté par la DCMPT ;
- l'approbation tardive, intervenue deux ans après la notification de l'avenant, qu'elle justifie par l'idée que l'approbation et l'immatriculation du marché initial couvrent l'avenant litigieux d'où la mention « seuil d'approbation non atteint » inscrit sur la page de garde dudit avenant.

Poursuivant son argumentaire, la requérante met en exergue la démarche appropriée que l'organe de contrôle aurait dû adopter en procédant à l'immatriculation de l'avenant dès l'instant que l'approbation du Préfet achève la procédure de passation en vertu de l'article 85 du Code des Marchés publics. Celle-ci exclut, pour lui, tout contrôle à priori de l'organe compétent qui pourrait intervenir après.

Elle conclut en s'appuyant sur la hiérarchie des textes pour signaler que l'immatriculation de l'avenant ne saurait constituer un blocage car, consacrée par le décret portant Code des marchés publics qui est en dessous de la loi portant Code général des collectivités territoriales consacrant l'acte d'approbation.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LE SRMP- PÔLE DE THIES

A l'appui de son refus d'immatriculer, le SRMPPT relève les violations de certaines dispositions du Code des Marchés publics (CMP) portant sur :

- l'absence dans le dossier de la requérante des ordres de service de démarrage et de suspension du marché de base ;
- l'approbation tardive de l'avenant : souscrit le 27 février 2019 et notifié le 24 avril 2019, l'avenant a été approuvé le 1^{er} février 2021, soit deux ans après en méconnaissance des dispositions de l'article 29 du CMP qui stipulent que « l'acte d'approbation, matérialisé par la signature de l'autorité compétente à ce titre, est la formalité administrative nécessaire pour donner effet au marché public...En cas d'avenant le montant à prendre en considération est constitué par le cumul du montant initial du marché et du montant des avenants ».

A ces deux arguments de rejet qui ont été confrontés aux réponses apportées plus haut par la requérante, s'ajoutent deux autres passés sous silence par ladite requérante. Il s'agit :

- des copies originales des avenants enregistrés au niveau des services fiscaux mais non approuvés par l'autorité compétente;
- de l'attestation d'existence de crédits d'un montant CFA de 99 156 449 TTC, signée en 2021, indexée sur le budget de la gestion 2020 de la Commune de Mbour ;

Pour terminer, le SRMPPT rappelle à la requérante que la notification d'un marché ne peut intervenir qu'après son immatriculation, en conformité avec les dispositions de l'article 86 du CMP qui stipulent que « les marchés régulièrement conclus, y compris ceux passés par demande de renseignements et de prix à compétition ouverte, sont transmis à la Direction centrale des Marchés publics pour immatriculation avant leur notification à l'attributaire par l'autorité contractante ».

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et motifs ci-dessus rappelés que le litige porte sur le refus du SRMPPT de procéder à l'immatriculation de l'avenant n° 1 du marché relatif à la réalisation des travaux de construction et de réparation de chaussées de la commune de Mbour pour :

- absence des ordres de service de démarrage et de suspension du marché de base ;
- défaut de production des originaux de l'avenant approuvé ;
- approbation tardive de l'avenant intervenue environ deux ans après sa notification ;
- indexation de l'attestation d'existence de crédits signée en 2021 sur le budget 2020 de la Commune de Mbour ;

EXAMEN DE LA DEMANDE

Sur l'absence des ordres de service de démarrage et de suspension du marché de base

Considérant que l'article 86 du CMP dispose que « le marché ne produit d'effet à l'égard de l'attributaire qu'à compter de la date de sa notification. Sauf disposition contraire mentionnée dans le marché, la date de notification constitue le point de départ des délais contractuels d'exécution du marché » ;

Considérant que la suspension de l'exécution des travaux dans le cadre d'un marché public, doit être matérialisée par un ordre de service écrit, daté, numéroté et adressé au titulaire du marché par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen équivalent permettant d'obtenir une date certaine de réception ;

Considérant que le SRMPPT reproche à la requérante de n'avoir pas soumis les ordres de démarrage et de suspension du marché de base relatif au lot 1 de l'appel d'offres portant sur la réalisation des travaux de construction et de réparation de chaussées dans ladite Commune ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le point 4 « Approbation » du cahier des clauses administratives particulières du contrat de base prévoit que « le marché ne sera exécutoire qu'après son approbation par le Préfet du département de Mbour » ;

Que donc le point de départ du délai contractuel du marché est subordonné à la date de réception de la notification du marché approuvé ;

Qu'il s'en infère que la production de l'ordre de service de démarrage, émis et reçu le 02 août 2018, n'était pas obligatoire ;

Que toutefois l'autorité contractante aurait dû le communiquer à l'organe de contrôle a priori avant de poursuivre la procédure ;

Qu'il devait en être de même pour l'ordre de service de suspension, signé le 04 septembre 2018 et versé au dossier soumis au CRD ;

Considérant en outre que même s'il apparaît, en l'espèce, que la période de suspension est indéterminée, la reprise des travaux devait faire l'objet d'un écrit et notifiée à l'entreprise ;

Qu'en conséquence, le refus du SRMPPT relatif à ce grief est justifié ;

- Sur le défaut de production des originaux de l'avenant

Considérant que pour faciliter la saisine de la DCMP, celle-ci a élaboré un guide méthodologique au profit des autorités contractantes indiquant les documents à soumettre tenant compte de l'objet de ladite saisine ;

Considérant que le SRMPPT a relevé que les six exemplaires des avenants fournis par la Commune de Mbour sont des copies des originaux ;

Considérant qu'il ressort de l'examen dudit guide que les documents devant accompagner une demande d'immatriculation ne sont pas spécifiés ;

Que toutefois, la requérante aurait dû les transmettre, sous forme de complément d'informations, au SRMPPT du fait que ce manquement a été soulevé lors de l'examen de la demande d'immatriculation de l'avenant ;

Qu'en conséquence la démarche de la requérante, sur ce point, n'est pas justifiée ;

- Sur le défaut d'approbation de l'avenant avant sa notification ;

Considérant qu'il découle de l'examen des pièces soumises à l'instruction que l'avenant n°1 relatif au lot 1 du marché pour la réalisation des travaux de construction et de réparation de chaussées dans la Commune de Mbour, souscrit le 27 février 2019, non approuvé, a fait l'objet de notification le 24 avril 2019 ;

Considérant que l'article 86 du CMP dispose, entre autres, que la notification d'un marché régulièrement conclu doit être transmis à l'organe de contrôle a priori pour immatriculation avant sa notification à l'attributaire par l'autorité contractante ;

Que c'est donc à bon droit que le SRMPPT a refusé de faire immatriculer ledit « avenant » ;

Qu'il s'ajoute qu'il résulte de l'instruction que les travaux relatifs à la route 44 carrefour CEM Gouye Mouride ont été provisoirement réceptionnés depuis le 04 février alors que l'article 23.3 du CMP pas la conclusion d'un avenant après la réception provisoire des fournitures, services ou travaux qui constituent son objet ;

Qu'il convient de souligner, par ailleurs, que le moyen de la requérante, tiré de l'article 85 du CMP qui n'admet aucun contrôle a priori après l'approbation du marché, ne saurait prospérer ;

Qu'en effet, le défaut d'approbation de l'avenant avant sa notification constitue une déviation majeure ;

Que, sans qu'il soit besoin de statuer sur le grief soulevé par l'autorité contractante relatif aux indications contenues dans l'attestation d'existence de crédits, il y a lieu de déclarer le recours de la Commune de Mbour non fondé ;

PAR CES MOTIFS :

- 1) Reçoit la Commune de Mbour en sa saisine ;
- 2) Constate que ladite Commune a commis des manquements dans la passation de l'avenant n°1 au lot 1 du marché pour la réalisation des travaux de construction et de réparation de chaussées dans ladite Commune, notamment son approbation tardive et sa conclusion après réception des travaux ;
- 3) Dit que ledit projet d'avenant devait faire l'objet d'approbation et d'immatriculation avant d'être notifié, conformément aux dispositions de l'article 86 du CMP ;
- 4) Dit que la conclusion de l'avenant ne doit pas être postérieure à la réception provisoire des travaux qui constituent son objet ;
- 5) Dit en conséquence que le Service régional des marchés publics Pôle de Thiès est fondé à refuser la demande d'immatriculation dudit avenant conclu en violation des articles 23.3, 29 et 86 du CMP ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier à la Commune de Mbour, au Service régional des Marchés publics-Pôle de Thiès et à la Direction Centrale des Marchés publics la présente décision qui sera publiée sur le site des marchés publics.

Le Président



Mamadou DIA

Les membres du CRD



Aïssé Gassama TALL



Moundiaïye CISSE



Mbareck DIOP

**Le Directeur Général,
Rapporteur**



Saër NIANG